

**Tarifliche Leistungen nur für ver.di-Mitglieder?**

Gutachtliche Stellungnahme  
von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## Inhaltsverzeichnis

I.	DIE PROBLEMATIK.....	3
1.	<i>Ausgangssituation</i> .....	3
2.	<i>Tarifliche Gegenstrategien</i> .....	5
3.	<i>Rechtsfragen</i> .....	8
II.	DIE RECHTSLAGE AUF DER GRUNDLAGE DER ENTSCHEIDUNG DES GROßEN SENATS VOM 29. NOVEMBER 1967 (BAG AP NR. 13 ZU ART. 9 GG).....	9
1.	<i>Zustandekommen und Bindungswirkung der Entscheidung des Großen Senats</i> .....	9
2.	<i>Die von der Entscheidung des Großen Senats gelassenen Spielräume</i> .....	13
a.	Außenseiter und Tarifmacht.....	14
b.	Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit.....	14
c.	Schutz nur vor sozial inadäquatem Druck.....	16
d.	Ausgleichsleistungen als sozial adäquater Druck.....	18
e.	Überschreitung der Grenzen der Tarifmacht?.....	19
f.	Unzumutbare Regelung?.....	20
g.	Konsequenzen.....	21
h.	Schutz der Anders-Organisierten.....	24
III.	GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN IN ABWEICHUNG VON DER BAG-RECHTSPRECHUNG.....	25
1.	<i>Kritik in der Literatur</i> .....	25
2.	<i>Zur negativen Koalitionsfreiheit</i> .....	27
3.	<i>Zur Überschreitung der Tarifmacht</i> .....	29
4.	<i>Zur Tarifgrenze der Unzumutbarkeit</i> .....	30
IV.	DIFFERENZIERUNGSKLAUSEL UND STREIK.....	31
1.	<i>Das Problem</i> .....	31
2.	<i>Die Rechtsprechung des BAG</i> .....	32
3.	<i>Die neuere Literatur</i> .....	34
4.	<i>Konsequenzen</i> .....	37

## **I. Die Problematik**

### **1. Ausgangssituation**

Nach § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG wirken Tarifnormen grundsätzlich nur zwischen den Mitgliedern der tarifschließenden Parteien. Dies gilt jedenfalls für Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen. Bei Bestimmungen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen genügt demgegenüber nach § 3 Abs. 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 2 TVG die Tarifbindung des Arbeitgebers.

Bei den in erster Linie interessierenden Inhaltsnormen hat der Arbeitgeber unter diesen Umständen die Möglichkeit, mit Arbeitnehmern, die nicht der tarifschließenden Gewerkschaft angehören, untertarifliche Bedingungen zu vereinbaren. Gehört er seinerseits dem Verband nicht an und hat er auch keinen Firmentarif geschlossen, kann er in den Arbeitsverträgen das Tarifniveau generell unterschreiten. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Tarifvertrag - was in der Praxis relativ selten vorkommt - für allgemeinverbindlich erklärt wurde.

In jenen Fällen, in denen der Arbeitgeber tarifgebunden ist, werden die tariflich festgeschriebenen Bedingungen fast immer auf alle betriebsangehörigen Arbeitnehmer ausgedehnt. Von den „Unterbietungsmöglichkeiten“ wird kein Gebrauch gemacht.

Üblicherweise wird in den Arbeitsverträgen pauschal auf die jeweils geltenden Tarifverträge verwiesen. Dies erklärt sich letztlich damit, dass eine Schlechterstellung der Nichtorganisierten einen erheblichen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt darstellen würde; ihn zu schaffen, kann im Regelfall nicht im Interesse des Arbeitgebers liegen. Auch wenn er seinerseits nicht an den Tarifvertrag gebunden ist, wird er häufig tarifliche Bedingungen zugrunde legen, da andernfalls die Abwanderung von Leistungsträgern zu besser bezahlenden Konkurrenten droht. Allerdings ist in solchen Fällen auch eine eigenständige Entgeltpolitik des Unternehmens denkbar, die - verglichen mit dem Tarifvertrag - eine größere Lohnspreizung und häufig auch zahlreiche ertragsabhängige Entgeltbestandteile vorsieht.

Die noch immer in den allermeisten Betrieben dominierende Erstreckung der Tarifverträge auf Nichtorganisierte hat zur Folge, dass diese die tariflichen Leistungen erhalten, ohne dass sie durch Zahlung von Mitgliedsbeiträgen und durch Tätigkeit in der Organisation zum Erreichen des tariflich festgeschriebenen beigetragen hätten. Dies erscheint ungerecht und hat darüber hinaus die Konsequenz, dass aus der Perspektive des einzelnen Gewerkschaftsmitglieds oder eines Beitrittswilligen kein wirtschaftlicher Grund mehr für die Organisationszugehörigkeit spricht: Dasselbe Entgelt und dieselben Arbeitsbedingungen lassen sich auch ohne

Beitragszahlungen und persönliches Engagement erreichen. Hierin wird ein wesentlicher Grund für den Mitgliederrückgang der Gewerkschaften gesehen.

Die Zahl der in den DGB-Gewerkschaften organisierten Arbeitnehmer und Beamten fiel von 11.800.412 im Jahr 1991 über 10.290.192 im Jahr 1993 auf 8.972.672 im Jahr 1996 und 8.310.783 im Jahre 1998 (Angaben nach Statistisches Jahrbuch 1994, S. 762, Statistisches Jahrbuch 2001, S. 732).

## **2. Tarifliche Gegenstrategien**

Da es dem Arbeitgeber grundsätzlich freisteht, Nichtorganisierte zu untertariflichen Bedingungen zu beschäftigen, stellt sich die Frage, ob sich ein derartiges Verhalten nicht auch durch Tarifvertrag festschreiben lässt. Dies würde bedeuten, dass man bestimmte tarifliche Leistungen zwingend den Organisierten vorbehält. Da in diesen Fällen notwendigerweise zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtorganisierten unterschieden werden muss, ist von einer „Differenzierungsklausel“ die Rede. Seit Mitte der 60er Jahre werden entsprechende tarifliche Gestaltungen erörtert, wobei zwischen einfachen und qualifizierten Differenzierungsklauseln unterschieden wird.

Dazu im Einzelnen Dorndorf AuR 1988, 1 ff.

Eine sog. einfache Differenzierungsklausel liegt dann vor, wenn die Organisationszugehörigkeit zur Anspruchsvoraussetzung gemacht wird. Dies kann lediglich deklaratorische Bedeutung in dem Sinne haben, dass die gesetzliche Regelung des § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG in Erinnerung gerufen wird. Eine Erstreckung auf Nichtorganisierte (sog. Außenseiter) bleibt in solchen Fällen problemlos möglich. In Betracht kommt weiter aber auch ein konstitutiver Charakter der Klausel, wonach der Anspruch nur entsteht, wenn die betreffende Person der Gewerkschaft angehört. In diesem Fall ist es dem Arbeitgeber zwar nicht verboten, Außenseiter nach Tarif zu behandeln, doch würde eine Allgemeinverbindlicherklärung ins Leere laufen, da sie die fehlende Eigenschaft als Gewerkschaftsmitglied nicht ersetzen könnte.

Von der einfachen ist die sog. qualifizierte Differenzierungsklausel zu unterscheiden, die das Verhalten des Arbeitgebers gegenüber Außenseitern in den Blick nimmt. Zwei Erscheinungsformen sind Gegenstand der Diskussion.

Zum einen geht es um die sog. Tarifausschlussklausel. Sie verbietet dem Arbeitgeber, eine bestimmte tarifliche Leistung (z. B. ein zusätzliches Urlaubsgeld oder einen Beitrag zur sog. Riester-Rente) auch an Nichtorganisierte zu erbringen.

Sie sollen insoweit von den tariflichen Leistungen „ausgeschlossen“ sein.

Zum zweiten gibt es sog. Spannenklauseln. Sie sehen vor, dass der Arbeitgeber zwar beliebige Leistungen auch an Außenseiter gewähren darf, dass die Organisierten jedoch automatisch um einen bestimmten Betrag darüber liegen müssen. Dies kann man in der Weise tun, dass man eine bestimmte Sozialleistung ausschließlich für Organisierte vorsieht und jede weitere freiwillige Zahlung, die (auch) an Außenseiter erbracht wird, automatisch für die Organisierten vorsieht. Ein Beispiel hierfür stellt die von der Gewerkschaft Textil-Bekleidung (GTB) erkämpfte Tarifklausel dar, die in der Entscheidung des BAG vom 29.11.1967 (AP Nr. 13 zu Art. 9 GG) wiedergegeben wurde:

„Wenn und soweit in der Firma beschäftigte, aber nicht in der GTB organisierte Arbeitnehmer des Betriebes Geld oder sonstige Leistungen erhalten, die über die in dieser Vereinbarung festgelegten Ansprüche hinaus gehen, so muss jeder in der Firma beschäftigte und der GTB angehörende Arbeitnehmer zusätzlich zu den sich aus dieser Vereinbarung ergebenden Leistungen die gleichen Geld- und sonstigen Zuwendungen erhalten, wie es bei den nicht organisierten Arbeitnehmern der Fall ist.“

Im vorliegenden Zusammenhang ist lediglich die zuletzt genannte Spannenklausel von Interesse. Die einfache Differenzierungsklausel lässt die Möglichkeit des Arbeitgebers

unberührt, durch arbeitsvertragliche Bezugnahmen das Tarifniveau auf alle auszudehnen. Die Tarifausschlussklausel verhindert zwar ein solches Vorgehen, kann aber leicht als zu starr empfunden werden. Außerdem ergibt sich ggf. die schwierige Frage, wie eine dem Außenseiter gewährte Leistung zu qualifizieren ist; ihre Natur würde darüber entscheiden, ob sie unter die Klausel fällt oder nicht. Sinnvoll erscheint deshalb allein die Spannenklausel, die den betrieblichen Möglichkeiten Rechnung trägt und zugleich sicherstellt, dass die Organisierten einen gewissen Vorsprung behalten.

### **3. Rechtsfragen**

Die Spannenklausel war Gegenstand einer Entscheidung des Großen Senats des BAG (AP Nr. 13 zu Art. 9 GG). Dieser Beschluss wird in der Regel so interpretiert, als wäre damit jede Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit ausgeschlossen. Ob dies wirklich der Fall ist, soll in einem ersten Abschnitt (unter II) untersucht werden.

Der Beschluss des Großen Senats hat in der Literatur ein erhebliches Maß an Widerspruch erfahren. Da er außerdem 35 Jahre zurückliegt und mittlerweile eine rechtskräftige Entscheidung des LAG Hamm vorliegt, die eine Beschränkung tariflicher Leistungen auf Organisierte für legal erklärte (LAG Hamm v. 11.01.1994, LAGE § 4 TVG Nr. 4), stellt sich die

Frage, ob nicht heute nach anderen Grundsätzen verfahren werden muss. Dazu unten III.

Unterstellt man eine Tarifforderung, die auf eine in ihrer Rechtmäßigkeit umstrittene oder auf eine rechtswidrige Regelung gerichtet ist, so ergibt sich das weitere Problem, ob eine Arbeitsniederlegung in solchen Fällen rechtswidrig ist und zum Schadensersatz verpflichtet. Dabei ist auch der Fall einzubeziehen, dass die Spannenklausel nur eine von mehreren Tarifforderungen darstellt. Dazu unten IV.

## **II. Die Rechtslage auf der Grundlage der Entscheidung des Großen Senats vom 29. November 1967 (BAG AP Nr. 13 zu Art. 9 GG)**

### **1. Zustandekommen und Bindungswirkung der Entscheidung des Großen Senats**

Im Jahr 1965 verlangte die Gewerkschaft Textil-Bekleidung Tarifverträge über ein zusätzliches Urlaubsgeld. Dieses sollte in der Weise finanziert werden, dass alle tarifgebundenen Arbeitgeber 2 % der Bruttolohnsumme an eine gemeinsame Einrichtung bezahlten. Als Mindestsumme des Urlaubsgelds waren 60,00 DM vorgesehen. Ansprüche auf höhere Beträge sollten von der Dauer der Betriebs- wie auch der Gewerkschaftszugehörigkeit abhängen. Ein Organisierter hätte

demnach 40,00 - 60,00 DM pro Jahr mehr erhalten als ein Nichtorganisierter. Um dies abzusichern, wurde gleichzeitig die oben unter I 2 wiedergegebene Spannenklausel in den Tarifvertrag aufgenommen.

Darstellung des Sachverhalts auch bei Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I, München 1997, § 7 III 8 a (2) - S. 357

Als ein Unternehmer diese Vorschläge nicht akzeptieren wollte, wurde er bestreikt; als Antwort ließ er die Arbeitsniederlegung durch einstweilige Verfügung verbieten und verklagte die Gewerkschaft auf Schadensersatz. Die zuständigen Instanzgerichte gaben der Klage statt. Der Erste Senat des BAG rief den Großen Senat an, um die Grundsatzfrage klären zu lassen, ob im Tarifvertrag bestimmte Leistungen zwingend den Organisierten vorbehalten werden dürfen. Der Große Senat erklärte die fragliche Spannenklausel für unzulässig und berief sich dabei auf das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit, auf die (angebliche) Überschreitung der Grenzen der Tarifautonomie, die in der Regelung der Arbeitsverhältnisse von Außenseitern liege, und auf den Grundsatz der Unzumutbarkeit, der die Förderung des Gegenspielers verbiete.

BAG AP Nr. 13 zu Art. 9 GG

Die dagegen von der Gewerkschaft eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG als unzulässig verworfen, da der Beschluss des Großen Senats nur eine abstrakte Rechtsfrage geklärt habe, ein Eingriff in Rechte der Gewerkschaften (der Voraussetzung für eine Verfassungsbeschwerde ist) aber erst vorliege, wenn sie vom zuständigen Senat zu Schadensersatz verurteilt werde.

BVerfG NJW 1971, 1212

Angesichts dieser Umstände musste man nunmehr vor dem (zuständigen) Ersten Senat des BAG weiter prozessieren. Nach einiger Zeit kam eine außergerichtliche Einigung zwischen Gewerkschaft und Unternehmer zustande, über deren Inhalt nichts Präzises in Erfahrung zu bringen ist; im Prozess selbst stellten beide Parteien übereinstimmend den Antrag auf Ruhen des Verfahrens, dem das Gericht nach § 251 ZPO stattgeben musste.

Mitgeteilt auch bei Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 1999, Einl. Rn. 301

Ob der Beschluss des Großen Senats unter diesen Umständen überhaupt „existent“ war, ließ sich mit guten Gründen in Frage stellen. In einem Parallelfall (ein weiterer Unternehmer war bestreikt worden und hatte geklagt) traf der Erste Senat jedoch am 31.03.1978 eine endgültige Entscheidung und stellte

dabei klar, dass das Ruhen des anderen Verfahrens ohne Bedeutung sei: Der Beschluss des Großen Senats habe bindende Wirkung, eine erneute Vorlage komme trotz der in der Literatur geäußerten Kritik nicht in Betracht.

BAG AP Nr. 62 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = DB 1978, 1647

Eine definitive Klärung anzunehmen, erscheint gleichwohl angreifbar. Am 11. Januar 1994 entschied das LAG Hamm in gegenteiligem Sinne.

LAG Hamm LAGE § 4 TVG Nr. 4

Im konkreten Fall hatte ein Firmentarif einen „Urlaubskassenverein“ ins Leben gerufen, in dem nur in der Gewerkschaft HBV organisierte Arbeitnehmer Mitglied werden konnten. Er gewährte ein „Erholungshilfe“ genanntes zusätzliches Urlaubsgeld in Höhe von maximal ca. 1.200,00 DM pro Jahr. Das LAG Hamm erklärte die Beschränkung auf Organisierte für rechtmäßig und führte aus:

„Ist .. bereits nirgends im Gesetz gesagt, dass von Rechtsnormen dieser Gruppe (gemeint: über gemeinsame Einrichtungen) die Arbeitsverhältnisse der sog. Außenseiter erfasst würden, so können die Tarifparteien aber auch ausdrücklich die Anwendung auf tarifgebundene Mitarbeiter beschränken.“

Die Klage zweier nicht organisierter Arbeitnehmer auf Gewährung der „Erholungshilfe“ wurde daher abgewiesen. Aufgrund einer Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger wurde jedoch die Revision vom BAG zugelassen, da das LAG Hamm von der Entscheidung des Großen Senats abgewichen sei.

BAG v. 30.08.1991 - 1 AZN 273/94, n. V., mitgeteilt bei Zachert DB 1995, 324

Zu einer Sachentscheidung kam es jedoch nicht, da sich die Parteien offensichtlich verglichen hatten.

Mitgeteilt bei Zachert DB 1995, 324

Bemerkenswert ist, dass die Arbeitgeberseite nicht auf einer Sachentscheidung bestand, obwohl die ausdrückliche Zulassung der Revision gewichtige Anhaltspunkte dafür gab, dass die bisherige Rechtsprechung bestätigt werden würde. Eindeutige Rückschlüsse auf die zugrundeliegenden Erwägungen sind jedoch nicht möglich. So kann die Einschätzung bestanden haben, der Erste Senat würde erneut den Großen Senat anrufen und die bisherige Rechtsprechung ändern. Auch war nicht auszuschließen, dass bei einer Bestätigung des bisherigen Rechtszustands eine Überprüfung durch das BVerfG angestrebt worden wäre. Schließlich ist - fern von allen Grundsatzertwägungen - auch daran zu denken, dass die Arbeitgeberseite schlicht die Kosten scheute, die eine

Ausdehnung der Erholungshilfe auf alle Betriebsangehörigen mit sich gebracht hätte.

## **2. Die von der Entscheidung des Großen Senats gelassenen Spielräume**

Legt man mit Rücksicht auf die geschilderte Rechtsentwicklung die Ausführungen des Großen Senats vom 29.11.1967 zugrunde, so bleiben gleichwohl eine Reihe von Spielräumen. Dies wird aus dem Argumentationsgang des (sehr umfangreichen) Beschlusses deutlich.

### **a. Außenseiter und Tarifmacht**

Zunächst stellt der Große Senat zutreffend fest, dass Arbeitsverhältnisse von Außenseitern zwar nicht normativ geregelt werden können, dass es jedoch keine Bedenken dagegen gibt, im obligatorischen Teil des Tarifvertrags oder in der Satzung einer gemeinsamen Einrichtung auch Regelungen für Außenseiter aufzunehmen.

BAG AP Nr. 13 zu Art. 9 GG Bl. 10 R

Damit ist eine Beschränkung auf die eigenen Mitglieder ausgeschlossen; je nach inhaltlicher Gestaltung ist zu fragen,

ob eine die Außenseiter betreffende tarifliche Bestimmung rechtmäßig oder rechtswidrig ist.

#### **b. Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit**

Bei der Beurteilung dieser Frage stellt das BAG entscheidend auf die negative Koalitionsfreiheit ab, die es in gleicher Weise wie die positive Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG verankert sieht.

BAG, a. a. O., Bl. 18

Diese Auffassung ist in der Zwischenzeit vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden.

BVerfGE 50, 290, 367; 55, 7, 21

Die verfassungsrechtlich garantierte negative Koalitionsfreiheit schützt nun den Einzelnen nicht vor jedem Druck zum Beitritt; insoweit verweist das BAG ausdrücklich auf die Entscheidung des BVerfG zu den Handwerksinnungen.

BAG, a. a. O., Bl. 20

In jener Entscheidung des BVerfG war es darum gegangen, dass das Recht, einer Handwerksinnung fernzubleiben, mit einem Verzicht auf die Vorteile einer öffentlich-rechtlichen Berufsorganisation verbunden war. Dies sei - so das BVerfG -

trotz der durchaus erheblichen Bedeutung dieses Tatbestands hinzunehmen.

BVerfGE 20, 312, 322

Auch später hat das BVerfG dies bestätigt und etwa im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung ausgeführt, ein „gewisser Druck“ zum Beitritt (um so in der gemeinsamen Einrichtung mitentscheiden zu können) verletze die negative Koalitionsfreiheit nicht.

BVerfGE 55, 7, 21

### **c. Schutz nur vor sozial inadäquatem Druck**

Nach Auffassung des Großen Senats ist der Einzelne allein gegen „sozial inadäquaten“ Druck geschützt.

BAG, a. a. O., Bl. 23 R

Ein solcher wurde im Falle des der Entscheidung zugrunde liegenden zusätzlichen Urlaubsgeldes bejaht, wofür jedoch nicht die Intensität des Drucks, sondern seine Qualität maßgebend sei.

BAG, a. a. O., Bl. 24 R

Es verletze das Gerechtigkeitsempfinden gröblich, wenn die Gewährung urlaubsbezogener Leistungen von Fragen der Organisationszugehörigkeit abhängig gemacht werde.

BAG, a. a. O., Bl. 25

Dabei wird auf frühere Ausführungen im selben Beschluss verwiesen, in denen entscheidend darauf abgestellt wurde, dass nicht auf den Gedanken des Ausgleichs für das vom Gewerkschaftsmitglied erbrachte Opfer abgestellt und deshalb eine undurchsichtige Regelung geschaffen worden sei. Im Einzelnen ist an der fraglichen Stelle (a. a. O. Bl. 21 R) ausgeführt:

„Ausgleichsforderungen (die einen Ausgleich für die vom Gewerkschaftsmitglied erbrachten Leistungen darstellen - W. D.) müssten ihrem Wesen nach den davon betroffenen Außenseitern verständlich machen, dass sie nach Unkostengesichtspunkten für die mit ihnen abgegoltene Gegenleistungen berechnet werden. Sie müssten sich daher nach den für das Arbeitsleben geltenden Redlichkeitsmaßstäben auch als Beiträge oder Ausgleichsbelastungen bezeichnen. Solche „Beiträge“ oder „Ausgleichsbelastungen“ dürfen daher in keinem Fall mittels einer undurchsichtigen Differenzierung bei der Gewährung von Urlaubsgeld oder bei der Bemessung sonstiger tariflicher Leistungen erhoben werden. Eine solche Differenzierung verletzt das Gerechtigkeitsempfinden nachhaltig. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob einem

Arbeitnehmer gesagt wird, er müsse an einen anderen soundsoviel als Ausgleich dafür erbringen, weil der andere für ihn etwas getan habe. Das wird er, wenn es ihm klargemacht wird, vielleicht einsehen. Ihm aber zu sagen, er bekomme soundsoviel Urlaubsgeld weniger, weil er nicht organisiert sei, und der andere bekomme soundsoviel Urlaubsgeld mehr, weil er organisiert sei, muss bei dem Außenseiter zwangsläufig das Gerechtigkeitsempfinden verletzen. Denn dieses geht überwiegend dahin, Urlaub, Urlaubsentgelt und auch zusätzliches Urlaubsgeld seien nach der Art der geleisteten Tätigkeit, nach dem Grad der Erholungsbedürftigkeit, nach dem Alter, Familienstand, nach der Kinderzahl und sonstigen sozialen Merkmalen, aber nicht nach der Organisationszugehörigkeit zu bemessen. Die Gewerkschaften machen dagegen geltend, im Urlaub fehle den Organisierten wegen der Zahlung der Gewerkschaftsbeiträge gerade der Betrag, den sie kraft der Differenzierungsklausel jetzt mehr erhalten sollen als die Außenseiter. Dieses Argument schlägt deshalb nicht durch, weil die Ausgleichsforderung berechnungsmäßig undurchsichtig ist und nicht kostengerecht klar dargelegt wird. Gerade deshalb wirkt die Differenzierung auf dem Gebiete des Urlaubsgeldes sehr sachfremd und drückend.“

#### **d. Ausgleichsleistungen als sozial adäquater Druck**

Wie immer man diese Argumentation beurteilen mag - sie macht deutlich, dass eine Anknüpfung an den Gewerkschaftsbeiträgen nicht als sozial inadäquat qualifiziert würde. Hier wäre die vom Großen Senat eingeforderte Transparenz gegeben, die Verletzung des „Gerechtigkeitsempfindens“ jedenfalls nicht so stark, dass sich daraus rechtliche Konsequenzen ergeben

würden. Bemerkenswert ist auch, dass in den Schlusssausführungen des Gerichts auch deshalb auf die Sozialadäquanz und damit auf die qualitative Betrachtung abgestellt wird, weil sich die Auswirkungen auf die Höhe des Urlaubsgeldes nach den zur Entscheidung stehenden Tarifwerken nicht bestimmen lasse.

BAG, a. a. O., Bl. 24 R

Eine tarifliche Regelung, die ausdrücklich einen gewissen Ausgleich für den Gewerkschaftsbeitrag darstellt, erscheint unter diesen Umständen durchaus „sozial adäquat“ zu sein.

#### **e. Überschreitung der Grenzen der Tarifmacht?**

Die weiteren rechtlichen Bedenken des Großen Senats gegen die damals zur Entscheidung stehende Differenzierungsklausel stützen sich auf dieselben Erwägungen. Was die Überschreitung der Grenzen der Tarifmacht angeht, so wurde zunächst ausgeführt, dass die Differenzierungsklausel im Ergebnis auf eine Beitragserhebung hinauslaufe. Die gewerkschaftliche Tätigkeit würde gewissermaßen kommerzialisiert, eine Beteiligung an ihren Früchten sei nur gegen Entgelt möglich.

Derartiges sei an sich nur dem Gesetzgeber, nicht aber den Tarifparteien möglich.

BAG, a. a. O., Bl. 20 R, 21

Im Folgenden wird dann jedoch ausgeführt, es sei zu erwägen, im Wege der Rechtsfortbildung die Tarifautonomie so zu erweitern, dass auch die „Vorteilsausgleichung“ mittels tariflicher Gestaltungsmittel zugelassen werde. Ein solcher Schritt scheide jedoch angesichts der Intransparenz der Regelungen und der darin liegenden Verletzung des Gerechtigkeitsgefühls der Außenseiter aus; hier finden sich genau die Ausführungen, auf die im Zusammenhang mit der Frage eines sozial inadäquaten Drucks zum Beitritt verwiesen wurde.

BAG, a. a. O., Bl. 21 R

Der Schluss liegt zumindest nahe, dass das BAG die aus seiner Sicht notwendige richterliche Rechtsfortbildung vorgenommen hätte, wenn eine klar sichtbare Ausgleichsleistung vorgelegen hätte.

#### **f. Unzumutbare Regelung?**

Auch der Einwand, die vorgesehene Differenzierungsklausel sei für die Arbeitgeberseite unzumutbar und überschreite deshalb die Grenzen der Tarifmacht, wird primär deshalb geteilt, weil es sich um eine intransparente Regelung handle. Die

Arbeitgeberseite habe ein berechtigtes Interesse an einheitlicher Entlohnung von Organisierten und Nichtorganisierten. Man könne zwar einen Beitrag der Außenseiter für die Inanspruchnahme der gewerkschaftlich errungenen tariflichen Leistungen in Erwägung ziehen, aber es sei „keinem Arbeitgeber zuzumuten, diesen Beitrag ohne gesetzliche Ermächtigung in der undurchsichtigen Verpackung einer Differenzierung des Urlaubsgeldes oder ähnlicher tariflicher Leistungen zu erheben.“ Der Arbeitgeber, der auf diese Weise zu differenzieren versuche, werde „das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden besonders verletzen und in vielen Fällen Gefahr laufen, dass der Betriebsfrieden und der unternehmerische Erfolg Schaden nehmen.“

BAG, a. a. O., Bl. 22 R, 23

#### **g. Konsequenzen**

Betrachtet man diese - nicht immer leicht nachvollziehbaren - Ausführungen im Zusammenhang, so wird deutlich, dass der Große Senat zumindest dazu neigt, eine als solche bezeichnete, effektive Ausgleichsleistung zuzulassen, weil sie weder einen sozial inadäquaten Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit noch eine Überschreitung der Tarifmacht darstelle. Eine solche Ausgleichsleistung könnte tariflich in der Weise festgeschrieben werden, dass den Arbeitnehmern im Wege einer

Spannenklausel ein Teil des Gewerkschaftsbeitrags erstattet wird. Beträgt dieser etwa 1 % der Monatsvergütung, so könnte man eine „Tarifzulage“ für Gewerkschaftsmitglieder in Höhe von 1/2 % vorsehen und im Übrigen bestimmen, dass alle in Nichtorganisierte bezahlten Leistungen auch den Organisierten zugute kommen müssen.

In der Literatur wurde dieser Teil der Argumentation des Beschlusses bislang kaum wahrgenommen. Verschiedene Autoren vertreten allerdings die Auffassung, eine „geringfügige“, die Entscheidungsfreiheit über den Gewerkschaftsbeitritt nicht beeinträchtigende Sonderleistung für Organisierte sei auch auf der Basis der Entscheidung des Großen Senats zulässig.

So insbesondere Wiedemann, TVG, Einl. Rn. 304. Lediglich einen „mehr als geringfügigen Druck“ sehen Jarras-Pieroth (Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 2000, Art. 9 Rn. 39) als nicht mehr gerechtfertigt an. Bei Löwer (in: von Münch/Kunig, Hrsg., GG-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl., München 2000, Art. 9 Rn. 87) ist davon die Rede, die Differenzierungsklausel sei „regelmäßig“ eine Form unzulässiger Druckausübung.

Eine Tarifzulage in Höhe des halben Gewerkschaftsbeitrags würde nur einen „geringfügigen“ Druck darstellen, da die Nichtorganisierten wirtschaftlich weiterhin erheblich besser als die Organisierten stehen würden. Dafür spricht auch die in anderen Zusammenhängen entwickelte Praxis. So ist etwa die

Vorenthaltung der Vorteile einer öffentlich-rechtlichen Berufsorganisation wie der Handwerksinnungen ein ggf. sehr viel weiter reichender Nachteil; gleichwohl hat ihn das BVerfG für hinnehmbar erklärt, worauf der Große Senat des BAG in seinem Beschluss zustimmend verwies.

BVerfGE 20, 312, 322

Die Grenze zum sozial inadäquaten Druck ist demgegenüber nach der Rechtsprechung des BAG überschritten, wenn der Abschluss einer Vorruhestandsvereinbarung dadurch faktisch unmöglich gemacht wird, dass der tariflich vorgesehene Prozentsatz ausschließlich auf Organisierte bezogen wird.

BAG AP Nr. 46 und 47 zu Art. 9 GG

Der Nachteil, der darin liegt, dass man durch Verzicht auf einen Beitritt nur noch den halben Gewerkschaftsbeitrag spart, ist ersichtlich sehr viel geringer als der faktische Entzug der Möglichkeit, zu einer Vorruhestandsvereinbarung zu kommen.

Man könnte sich unter diesen Umständen die Frage stellen, ob nicht auch eine Tarifzulage in Höhe des vollen Gewerkschaftsbeitrags bei entsprechend transparenter Regelung mit den Grundsätzen des Großen Senats zu vereinbaren wäre. Dafür könnte immerhin sprechen, dass in diesem Fall die Entscheidungsfreiheit des Außenseiters von wirtschaftlichen Erwägungen völlig frei wäre, da der Beitritt im Ergebnis keine

wirtschaftliche Schlechterstellung mit sich bringen würde. Maßgebend könnten daher ausschließlich immaterielle Kriterien wie eine gewollte oder nicht gewollte Unterstützung einer bestimmten gewerkschaftlichen Politik sein.

Nach der Logik des Beschlusses des Großen Senats müsste eine solche Tarifnorm zulässig sein. Dennoch wäre nicht zu empfehlen, in der Tarifpraxis als erstes einen solchen Schritt zu wagen: Die Entscheidung des Großen Senats ist in der Literatur bislang immer „quantitativ“ in dem Sinne interpretiert worden, dass es auf den Umfang der den Organisierten vorbehaltenen Leistungen ankommt. Realistischerweise muss man daher damit rechnen, dass in einer aktuellen Auseinandersetzung dies gleichfalls von den Arbeitsgerichten zugrunde gelegt wird. Insoweit ist deshalb zunächst Zurückhaltung zu empfehlen.

Was die praktische Umsetzung angeht, so wäre es den bisherigen Vorbildern entsprechend sinnvoll, die „Tarifzulage“ durch eine gemeinsame Einrichtung ausbezahlen zu lassen.

Zu einzelnen praktizierten Regelungen s. die Übersicht bei Seitenzahl/Zachert/Pütz, Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder, Köln 1976, S. 3 ff.

Im Übrigen sei darauf verwiesen, dass jedenfalls noch etliche Jahre nach der Entscheidung des Großen Senats Differenzierungsklauseln praktiziert wurden

Überblick bei Seitenzahl/Zachert/Pütz, a. a. O., S. 184

und dass dies ersichtlich auch in dem vom LAG Hamm (LAGE § 4 TVG Nr. 4) entschiedenen Fall so ist.

#### **h. Schutz der Anders-Organisierten**

Soweit in einem bestimmten Bereich mehrere Gewerkschaften existieren, stellt sich die Situation insofern anders dar, als die Mitglieder der anderen Gewerkschaft für ihre Organisation Beiträge bezahlen und ggf. nach ihren eigenen Tarifverträgen behandelt werden. In diesen Fällen, die im hier zu untersuchenden Bereich wohl keine Rolle spielen, müssten die anderweitig bezahlten Beiträge auch dann Berücksichtigung finden, wenn die andere Organisation keine eigenständigen, sondern nur Anschlussstarifverträge abschließt. Würde man dies nicht tun, wäre nicht auszuschließen, dass der „Druck“ auf anders Organisierte als „sozial inadäquat“ qualifiziert würde. Um keine vermeidbaren Risiken einzugehen, sollte man deshalb diesen Personenkreis insgesamt aus der Regelung ausklammern.

### III. Gestaltungsmöglichkeiten in Abweichung von der BAG-Rechtsprechung

#### 1. Kritik in der Literatur

Die Entscheidung des Großen Senats hat schon Ende der 60er/Anfang der 70er Jahre ein erhebliches Maß an Kritik erfahren.

S. etwa Dietlein AuR 1970, 200 ff.; Gitter, Juristische Analysen 1970, 148 ff.; Hanau JuS 1969, 213; Herschel AuR 1970, 193 ff.; Radke AuR 1971, 4; Reuß AuR 1970, 33; Ritter JZ 1969, 111; Rüthers, Arbeitsrecht und politisches System, Frankfurt/Main 1973, S. 117; Weller AuR 1970, 161 ff.

Auch in späteren Jahren ist die Kritik nicht verstummt.

Ablehnend etwa Dorndorf AuR 1988, 1 ff.; Kittner/Schiek, Kommentar zum Grundgesetz (Alternativkommentar), 3. Aufl., Neuwied u. a. 2001, Art. 9 Abs. 3 Rn. 110; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, § 7 III 8 (S. 355 ff.); Kempen/Zachert, TVG, Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., Köln 1997, Grundl. Rn. 129 ff.; A. Stein, Tarifvertragsrecht, Stuttgart u. a. 1997 Rn. 363 f.; Zachert DB 1995, 322 ff.; Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993 Rn. 1176 ff.

Auf der anderen Seite hat sich ein beträchtlicher Teil der Literatur - meist ohne nähere Analyse - im Ergebnis dem Großen

Senat angeschlossen und erklärt praktisch jede Differenzierungsklausel für unzulässig.

S. im arbeitsrechtlichen Schrifttum etwa Brox-Rüthers, Arbeitsrecht, 14. Aufl. Stuttgart u. a. 1999, Rn. 242; Löwisch-Rieble, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, München 1992, § 1 Rn. 528 ff.; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Aufl., München 2000, § 188 Rn. 10; Zöllner-Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 1998, § 38 II 2; aus dem verfassungsrechtlichen Schrifttum Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl., München 1999 Art. 9 Rn. 125; Jarras-Pieroth, GG, a. a. O., Art. 9 Rn. 35; Kemper, in: von Mangoldt-Klein-Starck, Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 9 Rn. 289

Gleichwohl überwiegen die Gegenargumente.

Eingehendste Darstellung bei Gamillscheg, a. a. O., § 7 III 8 b (S. 358 ff.)

## **2. Zur negativen Koalitionsfreiheit**

Eine kurze Zusammenfassung mag genügen.

Die negative Koalitionsfreiheit ist nicht verletzt, wenn dem Außenseiter ein zusätzliches Urlaubsgeld in Höhe von 40,00 - 60,00 DM der Kaufkraft des Jahres 1965 vorenthalten wird. Das ihm dadurch abverlangte „Opfer“ ist erheblich geringer als das „Opfer“, das ein organisierter Arbeitnehmer durch die Zahlung

von einem Prozent Gewerkschaftsbeitrag erbringt. Dabei spielt es keine Rolle, ob man die negative Koalitionsfreiheit auf Art. 9 Abs. 3, auf Art. 9 Abs. 1 oder auf Art. 2 Abs. 1 stützt.

Überblick über die verschiedenen Positionen bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 15. Aufl., Reinbek 1998, Rn. 134 ff.

Auch wenn man Art. 9 Abs. 3 GG mit der herrschenden Rechtsprechung anwendet, kann die negative Koalitionsfreiheit nicht stärker als die positive abgesichert sein. Dies betont ausdrücklich auch der Große Senat des BAG, der darauf verweist, die Streichung einer besonderen Garantie der negativen Koalitionsfreiheit im Parlamentarischen Rat habe den Sinn gehabt, eine Bevorzugung der Nichtorganisierten gegenüber den Organisierten zu vermeiden.

BAG GS AP Nr. 13 zu Art. 9 GG Bl. 19

Mutet man für die Ausübung der positiven Koalitionsfreiheit dem Einzelnen ein „Opfer“ in Höhe von einem Prozent des Monatseinkommens zu, so ist auch eine Zusatzleistung für Organisierte in Höhe des doppelten Gewerkschaftsbeitrags zulässig: Die Schlechterstellung der Außenseiter ginge in einem solchen Fall nicht weiter, als sie heute für Organisierte regelmäßig eintritt. Der Rückgriff des BAG auf den Gedanken der Sozial-inadäquanz stellt demgegenüber keinen

ernsthaften Begründungsversuch, sondern den Gebrauch einer Leerformel dar, die beliebig einsetzbar ist. Im Bereich des Arbeitskämpfrechts wurde sie vom Großen Senat im Jahr 1971 ohne nähere Begründung verabschiedet,

BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

im vorliegenden Zusammenhang kann nichts anderes gelten. Zwar mag man - auch ohne Rückgriff auf diesen Gesichtspunkt - in einer intransparenten Regelung einen unzulässigen Druck zum Beitritt sehen, doch ist in keiner Weise einsehbar, weshalb die Gewährung eines zusätzlichen Urlaubsgeldes an Organisierte „intransparent“ sein sollte. Für die Betroffenen wird hinreichend deutlich, dass es sich hierbei um einen Ausgleich jedenfalls für die materiellen Aufwendungen handelt, die einem Organisierten aufgrund seiner Gewerkschaftsmitgliedschaft entstehen. Maßstab für einen möglicherweise unzulässigen Eingriff kann daher allein die Intensität des Drucks sein. Insoweit wäre eine Differenzierung in Höhe des doppelten Gewerkschaftsbeitrags zulässig.

### **3. Zur Überschreitung der Tarifmacht**

Durch die Vereinbarung einer Differenzierungsklausel wird auch nicht das Arbeitsverhältnis der Außenseiter gestaltet, was nach § 4 Abs. 1 TVG in der Tat außerhalb betrieblicher und

betriebsverfassungsrechtlicher Normen nicht möglich wäre. Die rechtliche Wirkung einer Differenzierungsklausel beschränkt sich darauf, den Arbeitgeber zu verpflichten, bestimmte Leistungen an Außenseiter nicht zu erbringen, oder eine entsprechende Vorgabe für die Leistungen einer gemeinsamen Einrichtung vorzusehen. Im Grundsatz wird dies auch vom BAG als zulässig anerkannt, jedoch aus den erwähnten Sozialinadäquanzgesichtspunkten abgelehnt. Auch die Überlegung, Tarifverträge dürften nicht kommerzialisiert werden, lässt sich schwerlich halten: Vom Außenseiter wird kein „Beitrag“ erhoben, vielmehr sieht er sich in einer Situation, wie sie auch Nichtmitgliedern anderer Vereine widerfahren kann: Niemand hat dagegen Bedenken, wenn es bei der Pannenhilfe des ADAC einen billigeren Tarif für Mitglieder und einen teureren für Nichtmitglieder gibt. Entgegen BAG bedarf es deshalb auch keiner „Rechtsfortbildung“ um eine solche „Privilegierung“ der Mitgliedschaft zu legitimieren: Sie ist selbstverständlicher Bestandteil einer auch die Vereinigungsfreiheit aner kennenden Rechtsordnung.

#### **4. Zur Tarifgrenze der Unzumutbarkeit**

Was schließlich den vom BAG herangezogenen Grundsatz der Unzumutbarkeit betrifft, so erstaunt, dass diese „Tarifgrenze“ ausschließlich im Zusammenhang mit den sog. Anerkennungsforderungen der Gewerkschaften

(Differenzierungsklauseln, Solidaritätsbeiträge, Absicherung von Vertrauensleuten) entwickelt wurde; bei anderen Fragen hat sie zunächst keine Rolle gespielt.

Vgl. Gitter AuR 1970, 129

Gegen die Begrenzung tariflicher Abmachungen durch den allgemeinen Gesichtspunkt der „Unzumutbarkeit“ spricht sein außerordentlich pauschaler Charakter. Was „zumutbar“ und was „unzumutbar“ ist, lässt sich sehr verschieden beurteilen, so dass es letztlich den Wertungen des einzelnen Arbeitsrichters überlassen bleiben muss, ob ein Tarifvertrag Bestand hat oder nicht. Damit würde aber das grundgesetzlich garantierte Tarifsystem ohne jede Rechtsgrundlage einem allgemeinen Vorbehalt unterworfen. Arbeitgeber und Gewerkschaften könnten nicht mehr frei entscheiden, was sie sich zumuten wollen; im Ergebnis wären sie vom Jawort eines Richters abhängig.

Eingehender Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. Aufl., Frankfurt/Main 1976, S. 244 ff.

Dies würde auf eine nach allgemeiner Auffassung unzulässige Tarifzensur hinauslaufen.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass mit einem beträchtlichen Teil der Literatur die BAG-Rechtsprechung

abzulehnen ist und eine Differenzierung jedenfalls bis zum Doppelten des Gewerkschaftsbeitrags zulässig wäre.

#### **IV. Differenzierungsklausel und Streik**

##### **1. Das Problem**

Soweit sich eine Differenzierungsklausel in dem hier unter II beschriebenen Rahmen bewegt, ist sie genau wie andere tarifliche Regelungen erstreikbar. Soweit dieser Rahmen überschritten ist (oder soweit man die hier vertretene Auffassung nicht teilt), gerät man in eine Grauzone des rechtlich Zweifelhafte. Bei sehr weitgehenden Forderungen könnte auch der Bereich des eindeutig Rechtswidrigen erreicht sein. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob ein Streik, der um verschiedene Forderungen geführt wird, allein deshalb rechtswidrig wäre, weil sich in dem vorgelegten „Forderungspaket“ auch eine als nicht mehr hinnehmbar qualifizierte Differenzierungsklausel befindet.

##### **2. Die Rechtsprechung des BAG**

Die Frage, wie ein Streik um mehrere Tarifforderungen, von denen eine ein rechtswidriges Ziel verfolgt, zu behandeln ist, wurde vom BAG nur im Urteil vom 04.05.1955 ausdrücklich behandelt.

BAG AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

Im konkreten Fall war es darum gegangen, dass neben einer Reihe eindeutig zulässiger Forderungen auch verlangt wurde, dass nach Ablauf eines Jahres nach Ende der Lehre der Lohn sollte frei vereinbart werden können, was das BAG für tarifwidrig hielt. Das Gericht meinte, der Streik sei somit in einem wesentlichen Punkt zur Erzwingung tarifwidriger Ziele geführt worden.

BAG, a. a. O., Bl. 3

Der Streik wurde insgesamt für rechtswidrig erklärt, wobei sich das Gericht auf folgende Erwägungen stützte (a. a. O., Bl. 3):

„Die Beklagten (Gewerkschaft „Sennfelder-Bund“ und zwei Streikführer - W. D.) können sich auch nicht darauf berufen, dass ein Streik, der im Hinblick auf eines der Streikziele unerlaubt ist, der Rechtswidrigkeit deshalb wieder entkleidet werde, weil andere Streikziele zu einem echten Tarifvertrag führen könnten und darum diese erlaubten Ziele den ganzen Streik doch wieder legitim erscheinen ließen. Dem steht entgegen, dass der Arbeitgeber die Streikforderungen nur als Ganzes werten und danach gegenüber der Streikdrohung sich schlüssig werden muss, ob er die Bedingungen annehmen soll oder nicht. Die ultimative Natur der Streikdrohung und des Streiks selbst stellten es der Firma X nicht frei, das

eine oder andere der Streikziele anzunehmen oder abzulehnen.“

Im Anschluss blieb dahingestellt, ob die unter solchen Umständen eintretende Rechtswidrigkeit der ganzen Aktion dann nicht anzunehmen sei, wenn das unerlaubte Streikziel nur einen „unwichtigen Nebenpunkt“ betreffe.

Die Entscheidung des BAG hat in der Literatur zum Teil heftige Kritik erfahren. Insbesondere Reuß betonte, es könne nicht angehen, dass bereits eine, u. U. keineswegs im Vordergrund stehende Forderung den gesamten Streik unzulässig mache. Bildhaft sprach er von einer „Rührei-Theorie“, wonach bereits ein schlechtes Ei die ganze Speise ungenießbar mache.

Reuß AuR 1966, 33; zustimmend noch heute Söllner, Grundriss des Arbeitsrechts, 12. Aufl., München 1998, § 13 VI 1 Fn. 37

### **3. Die neuere Literatur**

In der Literatur haben sich in den knapp 50 Jahren seit der BAG-Entscheidung zwei verschiedene Positionen herausgebildet. Die **eine Auffassung** stellt in Abweichung vom BAG darauf ab, auf welcher Forderung das „Schwergewicht“ liege,

LAG Hamm EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 39

welche Forderung der Aktion das „Gepräge“ gebe.

So insbesondere Schumann, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1987, Rn. 236; Wohlgemuth AuR 1980, 33, 40; ähnlich Bieback, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a. a. O., Rn. 336

Dabei wird auf Parallelen bei der Handhabung des § 138 BGB (entscheidend für die Sittenwidrigkeit ist das dominierende Motiv) sowie auf die Behandlung der Fälle verwiesen, in denen bei Schulungs- und Bildungsveranstaltungen nach § 37 Abs. 6 BetrVG sowohl erforderliche als auch nicht erforderliche Inhalte vermittelt werden.

Wohlgemuth AuR 1980, 33, 40

Bieback betont weiter zu Recht, die Maßstäbe für die Beurteilung eines Streiks dürften nicht einem relativ untergeordneten Ziel entnommen werden, da es sich um ein einheitliches Geschehen handle. Außerdem sei es mit der verfassungsrechtlichen Garantie des Streikrechts nicht vereinbar, seine Ausübung mit dem Risiko hoher Ersatzansprüche zu belasten, das ja besonders ausgeprägt wäre, wenn schon die rechtliche Angreifbarkeit einer Forderung die Arbeitsniederlegung rechtswidrig machen würde.

Bieback, a. a. O., Rn. 336; ebenso für die verfassungsrechtliche Seite Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart u. a. 1982 Rn. 159

Legt man diese Auffassung zugrunde, müsste man im konkreten Fall danach fragen, wo das Schwergewicht der Tarifforderungen liegt. Soweit die Differenzierungsklausel in einer Lohnrunde mitverhandelt würde, wären schon in quantitativer Hinsicht die Lohnforderungen dominierend, da sie sich herkömmlicherweise auf 3 bis 8 % der bisherigen Vergütung belaufen, während die Differenzierungsklausel allenfalls 1 % ausmachen würde. Allerdings ist zu beachten, dass das „Gepräge“ möglicherweise nicht rein quantitativ bestimmt wird; maßgebend wäre vielmehr auch, welche Forderungen bei der Mobilisierung der Mitglieder und in der verbalen Auseinandersetzung mit der Arbeitgeberseite im Vordergrund stehen.

Eine **zweite Auffassung** lässt sich als „Kausalitätstheorie“ bezeichnen. Sie geht davon aus, dass die rechtswidrige Forderung keine Auswirkungen hat, wenn der Streik auch ohne sie begonnen und in gleicher Weise geführt worden wäre. Dass dies der Fall sei, müsse im Streitfall die Arbeitnehmerseite beweisen.

So Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 159

Andere Autoren greifen diesen Gedanken auf und wollen je nach der Reaktion der Arbeitgeberseite differenzieren: Akzeptiere diese Verhandlungen über die (unstreitig) rechtmäßigen Forderungen, lehne sie jedoch Verhandlungen über die rechtswidrige Forderung ab und werde gleichwohl gestreikt, so sei die Aktion rechtswidrig.

Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, § 22 I 2 a (3) - S. 1066; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975, S. 495

Wird in einem solchen Fall statt des Streiks zunächst eine Verhandlungslösung versucht, kommt diese aber nicht zustande, steht fest, dass der Streik auch ohne die rechtswidrige Forderung unvermeidbar war. An seiner Rechtmäßigkeit bestehen insoweit keine Zweifel.

Zu dieser zweiten Auffassung lässt sich bei näherer Betrachtung auch die erwähnte BAG-Entscheidung (AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) zählen: Wie die oben mitgeteilten Entscheidungsgründe deutlich machen, ging es in dem damals entschiedenen Fall gerade um eine Situation, in der das einheitliche Forderungspaket ersichtlich nicht aufzuschnüren war. Hätte sich die den Arbeitskampf führende Gewerkschaft damals anders verhalten und kein Alles-oder-Nichts-Prinzip praktiziert, hätte das BAG wohl anders entschieden.

#### **4. Konsequenzen**

In der hier zu erörternden Situation sollte deshalb von vorneherein vermieden werden, sämtliche Forderungen als „nicht zur Disposition stehend“ zu bezeichnen. Vielmehr sollte sich die Verhandlungsbereitschaft in der Weise manifestieren, dass man auch über einzelne Teile des Pakets zu reden bereit sei. Das Risiko, wegen rechtswidrigen Streiks auf Schadensersatz zu haften, wäre denkbar gering, wenn der Streik mit Rücksicht auf das Scheitern der Gespräche z. B. über Lohnerhöhungen ausgerufen würde.